

3. Herstel als er (juridisch) geen schade is: 'integriteitsschade'

*I. Giesen*¹

3.1 Inleiding

Deze bijdrage over Schade en herstel benadert die thematiek uit een wellicht enigszins onverwachte hoek, want de focus ligt hier op die gevallen waarin het element schade alsmede het herstel daarvan, in toenemende mate gecompliceerd zijn, omdat het eerste eigenlijk ontbreekt en het tweede toch echt gewenst en nodig is. Voor degenen die nu al willen afhaken: ik zal dit toelichten.

Principieel gezien is herstel langs juridische weg, ook langs andere wegen overigens, lastig te bereiken, omdat schadevergoeding – van oudsher ons belangrijkste instrument als het gaat om herstel in oude toestand, want dat is nu eenmaal ons streven als jurist – vooral een vergoeding biedt voor aangedaan leed, maar zeker geen echt herstel.² Herstel in de oude toestand, ons streven, is in wezen onbereikbaar, want het kwaad is al geschied. De wond, fysiek dan wel psychisch, is er en zal vrijwel nooit helemaal (kunnen) verdwijnen; het litteken (fysiek of in iemands herinnering) zal altijd getuige zijn van de schade die nu eenmaal geleden is. En geen som geld zal dat kunnen wegnemen.

Helemaal lastig wordt herstel als het slachtoffer, om dat brede begrip maar te gebruiken, na een handeling of nalaten van een ander, de 'benadelende partij', wel een (psychische of fysieke) inbreuk heeft ervaren (en dat ervaart als een integriteitsschending) maar er in juridische, privaatrechtelijke termen eigenlijk geen schade te noteren valt. Dat kan zich bijvoorbeeld voordoen bij schending van een fundamenteel recht. Denk aan de patiënt die niet of onjuist geïnformeerd is voorafgaand aan een operatie, en weliswaar 'ongeschonden' weer uit de operatiezaal tevoorschijn komt, maar die wel een andere keuze had (kunnen en) willen maken als de ontbrekende infor-

¹ Prof. mr. I. Giesen is hoogleraar privaatrecht aan het Molengraaff Instituut van de Universiteit Utrecht en programmaleider van UCALL, het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law, zie www.uu.nl/ucall. Deze bijdrage is een uitgewerkte versie van een lezing van de auteur voor het Kenniscentrum Milieu en Gezondheid van het gerechtshof 's-Hertogenbosch, op 11 april 2014 te Den Bosch. Met dank aan Jessy Emaus, Laura van Kessel en Rianka Rijnhout voor hun kritische blik op een conceptversie van deze tekst. De tekst is afgesloten begin juli 2014.

² Nader over herstel bij letsel: Lindenbergh 2014.

matie bekend was geweest en wiens zelfbeschikkingsrecht (breder: integriteit³) dus met voeten getreden is. Denk ook aan de privacy-inbreuk die geen geldelijke gevolgen op materieel vlak voor het slachtoffer heeft (bepaalde informatie is ten onrechte doorgegeven of openbaar gemaakt) en die te gering is (louter ongemak, geen geestelijk letsel) om als persoonsaantasting in de zin van art. 6:106 BW te kunnen gelden, maar die wel iemands integriteit aangetast heeft. Denk tot slot ook aan de civiele procedure die uiteindelijk succesvol afgerond is, maar wel onredelijk lang geduurd heeft, met alle ongemak van dien.⁴

Kunnen wij juridisch 'iets' met deze gevallen? Ja, zo zal ik betogen. En is dat dan ook wenselijk? Ja, want anders blijft het onderliggende recht inhoudsloos.⁵ Maar dat alles vergt dan wel dat wij bereid moeten zijn om de grenzen van het aansprakelijkheidsrecht, specifiek: van het schadebegrip, op te rekken. Ik ben daar positief over gestemd omdat het schadebegrip wat mij betreft uiteindelijk een normatief begrip⁶ is en dus die inhoud kan krijgen die de gemeenschap (de juristen van dienst) daaraan op een bepaald moment wil toekennen, maar daarop zal ik vandaag niet nader ingaan. Waarom ik vooral positief ben, is:

- A) Omdat op een hoger abstractieniveau de civielrechtelijke geesten er langzaam rijp voor lijken te worden om het privaatrecht meer handhavend en dus instrumenteel in te zetten, net als dat met het bestuursrecht mogelijk is, waarbij dat privaatrecht dan bovendien ook meer als een ex ante (vooraf) te benutten systeem gezien wordt, en dus niet alleen als een ex post (achteraf) inzetbaar instrument, en, nauw daaraan verwant,
- B) Omdat er sluipenderwijs binnen het Nederlandse privaatrecht op concreet niveau een oplossing hiervoor binnen handbereik is gekomen, via de notie of het leerstuk van de 'integriteitsschade',⁷ een relatief recente gedachte die wel al de nodige steun in de literatuur en de rechtspraak heeft gekregen, zeker in de sfeer van de informed consent-problematiek waar die term gemunt is, maar vooralsnog geen breder geaccepteerd verschijnsel kan worden genoemd.

³ De *Van Dale* geeft 'onschendbaarheid' als eerste betekenis van integriteit. Hier is dus het probleem dat iemand in zijn 'onschendbaarheid', in het deel dat onaantastbaar van hemzelf is, is aangetast.

⁴ Nguyen 2009, p. 1812, noemt terecht ook nog discriminatie (zo ook Lindenbergh 2008, p. 13) en seksuele intimidatie.

⁵ Lindenbergh 2008, p. 14.

⁶ De strijd die daarover gevoerd is en wordt, ga ik hier en nu niet aan, zie nader Lindenbergh 2008a, nr. 32, en Verburg 2009, p. 43-71.

⁷ Deze term is ontleend aan Hendrix & Akkermans 2007, p. 498 e.v., met betrekking tot een geval van 'informed consent'.

Vandaag bespreek ik beide onderdelen van mijn positieve gemoed in paragrafen 3.2 en 3.3, waarna een korte conclusie in paragraaf 3.4 kan volstaan ter afronding van deze bijdrage.

3.2 Het abstracte niveau: handhavingstendensen in het privaatrecht en het debat daarover⁸

3.2.1 Inleiding

Het heeft er alle schijn van dat het privaatrecht heden ten dage steeds meer instrumenteel ingezet wordt, althans dat erkend wordt dat het privaatrecht gebruikt kan worden als middel om handhavend op te treden. Dat lijkt voor de hand te liggen, een open deur zelfs, maar in de privaatrechtelijke sfeer is het (nog) geen gemeengoed dat het privaatrecht ook een dergelijk, meer publiek doel of algemeen belang zou (moeten) dienen.

Wat daarvan verder zij, als handhaving in beeld komt, gaat het in de context van het privaatrecht om het bevorderen van het geldend maken van privaatrechtelijke rechten en van de naleving van privaatrechtelijke verplichtingen.⁹ In de inleiding van een boek uit 2009 over deze thematiek spreekt Engelhard over:

'het ondernemen van juridische actie, het nemen van maatregelen, het houden van toezicht of het opleggen van sancties ter bevordering van de naleving van rechtsplichten en/of het geldend maken van aanspraken of rechten.'¹⁰

Van belang is vervolgens dat *handhaving van het privaatrecht* (te weten handhaving van regels of belangen van privaatrechtelijke aard; dat kan langs diverse wegen en rechtsgebieden geschieden) iets anders is dan *privaatrechtelijke handhaving* (want dat is handhaving van allerlei soorten regels en belangen, ongeacht hun herkomst, door regels van privaatrecht).¹¹ En dus is het zaak steeds goed in het oog te houden waarover het in een specifiek geval gaat. Het 'normaaltype' is dat de beoefenaren van het privaatrecht

⁸ Deze paragraaf is een licht geactualiseerde en bewerkte versie van Giesen 2009, p. 308-313.

⁹ Vgl. ook Rijnhout 2012, p. 336-337.

¹⁰ Zie Engelhard 2009, p. 12. Vgl. in dit verband overigens ook nog Jurgens, Duijkersloot & Widdershoven 2009.

¹¹ Vgl. Engelhard 2009, p. 12-14. Zie ook Kortmann & Sieburgh 2009, p. 249-302. Vgl. Rijnhout 2012, p. 336, die dit onderscheidt van 'rechtshandhaving' zoals verdedigd door o.a. Verheij 2002.

zich richten op een combinatie van beide voornoemde varianten, namelijk de *privaatrechtelijke handhaving van het privaatrecht*. Dat wil dan zeggen dat de handhaving van regels van privaatrecht door andere regels van privaatrecht voorop staat en bestudeerd wordt. Precies daarover, over de noodzaak en de mogelijkheden, is de afgelopen jaren een (voor privaatrechtelijke begrippen) behoorlijk stevige polemieek in gang gezet, gelieerd aan de vraag of een meer instrumentele inzet van het privaatrecht kan en mag.¹²

3.2.2 *Van Boom versus Kortmann*

In dat verband heeft de Rotterdamse oratie van Van Boom mijns inziens overtuigend laten zien dat het privaatrechtelijke systeem, althans in Nederland, onvoldoende ingericht is als – of gericht is op – de handhaving of verwezenlijking van de rechten die voordien verleend worden door datzelfde systeem.¹³ Het privaatrecht kijkt vooral terug en (dus) te weinig vooruit; het privaatrecht tracht vooral tot herstel van de oude toestand te komen, verder dan dat (bijvoorbeeld door ook met straffende elementen te werken) gaat het (nog) niet. Het privaatrecht reageert bovendien vrijwel steeds in concreto, te weten met een specifieke zaak van een specifiek iemand in het achterhoofd, dus zonder de mogelijke bredere (algemene) belangen van anderen mee te wegen.¹⁴ In de literatuur zijn vervolgens suggesties gedaan om die problemen bij de kern aan te pakken.

Ten eerste dient dan de oratie van Kortmann¹⁵ genoemd te worden, want die pakt het probleem rigoureuus, want bij de wortel aan. Zijn eenvoudige en kernachtige stelling is: laten we ophouden te claimen dat het privaatrecht handhavend zou moeten zijn; ‘private enforcement’ is geen doel van het aansprakelijkheidsrecht dat immers slechts gericht is, en moet zijn, op compensatie.¹⁶ Het privaatrecht (althans: het (Europese) aansprakelijk-

¹² Daarover ook nog Verburg 2009, p. 20 en p. 90-91, en samenvattend, Emaus 2013, p. 94-95, die de rechtshandhavende functie van het privaatrecht benut om mede daaraan haar gedachtegoed over de ‘fundamentele rechtsschending’ op te hangen.

¹³ Zie Van Boom 2006, alsmede Van Boom 2007. De Utrechtse oratie van Keirse (zie Keirse 2009) bevestigt en versterkt dat beeld.

¹⁴ Zie Van Boom 2006, p. 12-14. Vgl. in dit verband echter wel de opkomende trend van public interest litigation, zie daarover De Jong & Enneking 2014.

¹⁵ Kortmann 2009. Zie ook nog (iets milder) Kortmann & Sieburgh 2009, bijv. op p. 278-279 (‘ondergeschikte rol’ en ‘toevallige bijwerking’).

¹⁶ Kortmann 2009, p. 23. Zijn stelling dat de instrumentele visie op het aansprakelijkheidsrecht nog steeds een minderheidsmening is (Kortmann 2009, p. 15) zou ik niet durven onderschrijven, en zijn (verouderde) verwijzingen onderbouwen dat standpunt ook niet (meer). Zie verder Engelhard & Van Maanen 2008, p. 9-14, alsmede, voor de Duitse discussie Wagner 2006, p. 358-360 (die zelf zeker niet in Kortmanns kamp past, vgl. p. 431).

heidsrecht) dient er niet toe de 'private enforcement' te versterken of om tekorten op het terrein van bijvoorbeeld het mededingingsrecht of het strafrecht te corrigeren, en dat moeten we dus ook helemaal niet verlangen van het privaatrecht. Laat het strafrecht of desnoods het bestuursrecht de boel maar opruimen,¹⁷ het aansprakelijkheidsrecht levert alleen, indien aan de voorwaarden ervoor voldaan is, compensatie.

Uiteraard is er het nodige in te brengen tegen deze prikkelende visie. Gaan we namelijk hierin mee en verlangen we niet (langer) van het privaatrecht dat er gehandhaafd wordt, dan is weliswaar ook meteen het grote handhavings-*tekort* van het privaatrecht verdwenen, maar dat vormt dan wel een wat al te makkelijke aanpak. Immers, waar niets wordt geëist, kan ook nooit gefaald worden. En dus is daarmee het onderliggende probleem nog niet verdwenen. Deze insteek miskent bovendien dat het privaatrecht, ook onbedoeld en onbewust, in elk geval in beperkte mate, een handhavend effect heeft, of ten minste kan hebben.¹⁸ Ook de door Kortmann op een schild gehesen compensatiefunctie brengt automatisch en onmiskenbaar een handhavend element mee.¹⁹ In het specifieke geval waarin wél compensatie volgt, wordt namelijk meteen ook handhavend 'opgetreden'; na de miskening van een in acht te nemen privaatrechtelijke, materiële regel door de aangesprokene, wordt die niet-naleving achteraf gesanctioneerd, in dit geval door compensatie toe te kennen aan een ander, het slachtoffer van die normschending.²⁰ Helaas is dus, zo vrees ik, een keuze voor één bepaalde functie van het privaatrecht (hier: compensatie) niet zo eenvoudig te maken. Dat ligt hieraan dat het privaatrecht, zelfs als we dat niet zouden nastreven, van nature een zekere handhavende werking heeft, omdat we dat privaatrecht nu eenmaal inroepen en bijvoorbeeld nakoming verlangen.²¹ Handhaving en compensa-

¹⁷ Anders Wagner 2006, p. 360, die verzucht over gedragssturing door het recht: het strafrecht mag het niet, het bestuursrecht kan het niet en het privaatrecht wil niet.

¹⁸ De in potentie altijd aanwezige handhavende functie van het privaatrecht, toont zich overigens ook als het verlies van een bepaalde aanspraak juist niet tegengegaan wordt door de rechter, zodat daar specifiek niet voor de handhaving van een recht gekozen wordt. Immers, die handhavingsfunctie nader steunen was wel mogelijk geweest als de keuze anders was uitgevallen. Zie Drion 2009, p. 1319.

¹⁹ In Kortmann & Sieburgh 2009, p. 258, klinkt dit overigens ook wel door.

²⁰ Het gaat mij hier dus niet om een eventuele preventieve functie die het aansprakelijkheidsrecht ook nog zou kunnen bekleden.

²¹ Men zou dit, met Hartlief 2008, p. 771, 'niet meer dan een bijrol' kunnen noemen, omdat strafrecht, bestuursrecht, tuchtrecht en andere prikkels (reputatie, etc.) wellicht meer effect hebben (zie nader o.a. Visscher & Weterings 2007, p. 237 e.v., die een combinatie van diverse opties vooropstellen), maar m.i. gaat de rol van het privaatrecht verder dan dat. Dat komt door de beperkte inzetbaarheid van bijv. die andere mechanismen. Het strafrecht is bijvoorbeeld een 'ultimum remedium', zoals bekend.

tie zijn dus geen tegenstelling; compenserende schadevergoeding dient ook de rechtshandhavingsfunctie.²²

Los daarvan staat dan nog dat we ook simpelweg niet kunnen 'overleven' zonder enige privaatrechtelijke handhaving want het strafrecht heeft niet de capaciteit en is teveel *ultimum remedium* om in dit wezen privaatrechtelijke probleem op te lossen.²³ Dan maar de publieke 'enforcement' verder verbeteren, zoals Kortmann²⁴ betoogt, is weinig reëel, wat mij betreft.²⁵ Het bestuursrecht zou de juridische leegte, het 'gat', dat het strafrecht achterlaat kunnen opvullen,²⁶ maar dat betekent dan wel dat we een zeer grote overheid (in de vorm van bijvoorbeeld nog meer en/of nog grotere toezichthouders op nog meer terreinen) toe moeten staan. Ik vrees dat 'de overheid' daarmee zo groot zou (moeten) worden dat bij wijze van spreken iedere burger meteen ook toezichthouder zou moeten zijn voor een andere burger; dat kan echter niet de bedoeling zijn. De bijl aan de wortel van de privaatrechtelijke handhaving zetten, zoals Kortmann getracht heeft, is dus weinig vruchtbaar.²⁷

Ik weet me in deze opvatting gesterkt door Hartlief. Deze had net voor het uitspreken van Kortmann's oratie al geschreven dat wat hem betreft 'punitive damages' op bepaalde terreinen (hij noemt de aansprakelijkheid van de boulevardpers), en dus gericht, inzetbaar zouden moeten zijn.²⁸ Dat past uiteraard naadloos bij de door Kortmann zo verfoeide instrumentele visie op het privaatrecht, waarbij het sanctiearsenaal niet alleen in dienst staat

²² Vgl. ook Wagner 2006, p. 469, die specifiek op de verhouding tussen compensatie en preventie ingaat.

²³ De grotere rol die het slachtoffer heden ten dage in het strafproces krijgt, zal dat niet snel veranderen want het OM bepaalt of vervolgd wordt, en pas dan komt het slachtoffer in beeld.

²⁴ Kortmann 2009, p. 19-20.

²⁵ Zie ook Hartlief 2009, p. 1553.

²⁶ De verantwoordelijkheid van de overheid en dus overheidshandhaving helemaal uitsluiten, is overigens niet mogelijk, vgl. Freriks 2008, p. 183 en 223.

²⁷ Daar komt nog bij dat hij wel de argumenten tegen versterking van de private handhaving postuleert, maar de argumenten voor onbesproken laat (bijv.: zonder effectieve remedie blijft een verleend recht een lege huls, vgl. Verheij 2002, p. 445 en 448; private handhaving heeft ook een batenkant, naast de kosten van het aansprakelijkheidsrecht).

²⁸ Hartlief 2008, p. 776. Veel meer over het debat inzake punitive damages is te vinden bij Meurkens & Nordin 2012. Het thema van de mogelijke invoering van 'punitive damages' is ook al onder de loep van het EVRM gelegd, waarna geconstateerd werd dat we dan met een 'criminal charge' te maken hebben, met alle gevolgen (in de zin van Europese waarborgen) van dien. Zie hierover Engelhard 2009 en Adriaanse e.a. 2008. Voor een analyse van de Amerikaanse situatie, vanuit de mogelijke functies gedacht, zie bijv. Geistfeld 2008.

van de concrete eiser, maar via deze ook van het systeem als geheel.²⁹ Hartlief erkent volmondig dat dit niet onproblematisch is (gedragsbeïnvloeding is vooralsnog een afgeleid effect; zijn betrokkenen wel in staat om het tekort te vullen?; zijn activistische burgers en rechters te legitimeren?), en dat we ons moeten realiseren dat we zodoende een maatschappij creëren waarin het aansprakelijkheidsrecht aan belang wint, met alle gevaren (claimcultuur; juridisering) van dien, inclusief overactieve burgers en rechters.³⁰ Wat uiteindelijk overheerst, is echter een positief gevoel, aldus Hartlief, die zo bij voorbaat een antwoord formuleerde op de latere aanval van Kortmann.³¹

Keren wij vervolgens terug naar Van Boom en diens driedelige oorzaak voor het handhavingdeficit van en in het privaatrecht (het gaat om oordelen achteraf (*post facto*) leidend tot te weinig of te veel preventiemaatregelen; het is gericht op compensatie (herstel) maar geregeld is het bewijs van schade en causaliteit niet te leveren; het systeem werkt zo dat triviale schade niet verhaalbaar is),³² dan blijkt dat hij als oplossingsrichting in zijn algemeenheid voorstaat om publieke en private handhaving te combineren en om de privaatrechtelijke handhaving te versterken, ook om het privaatrecht als een wenkend alternatief voor puur publiekrechtelijke regulering te bewaren.³³

Van Boom geeft verder concreet aan dat in plaats van van compenserende schadevergoeding meer verwacht zou mogen worden van bijvoorbeeld declaratoire rechterlijke uitspraken in de vorm van geboden en verboden,³⁴ inclusief dwangsommen, van een gematigde variant van Europese 'punitive damages', van winstafdracht, van het ondersteunen van zelfregulering³⁵ en dan vooral de financiële kant van collectieve acties,³⁶ alsmede het openstellen van collectieve schadevergoedingsmogelijkheden daarbij,³⁷ en van het generaliseren (verder reikende bindende kracht toekennen) van de werking van ordemaatregelen, ook buiten het specifieke geval van een specifieke eiser. Meer algemeen wil hij het *post facto* kenmerk van het privaatrecht

²⁹ Hartlief 2008, p. 770.

³⁰ Het is overigens ook denkbaar dat de 'causale' relatie precies andersom ligt, en dat die maatschappij zich al aangepast had (richting actieve burgers en rechters) en dat het aansprakelijkheidsrecht vervolgens mee is gaan buigen. Nader (maar lastig te operationaliseren) onderzoek zou dat moeten uitwijzen.

³¹ Hartlief 2008, p. 770-771 en p. 777. In Hartlief 2007, p. 915, was hij nog minder positief gestemd.

³² Van Boom 2006, p. 26. Hartlief 2008, p. 772, noemt dit 'handhaven met handicaps'. Keirse 2009, p. 96-98, onderstreept de juistheid van de analyse van Van Boom.

³³ Van Boom 2006, p. 30-31.

³⁴ Zie Van Boom e.a. 2010, en de schadevoorkomingsplicht van Keirse 2009.

³⁵ Zie nog Akkermans 2011.

³⁶ Tuil & Visscher 2010.

³⁷ Zie daarover de motie-Dijkema, *Kamerstukken II*, 2011-2012, 33 000, XIII, nr. 14.

omkeren naar een *ex ante* instrument door bijvoorbeeld vroegtijdig te laten bepalen of een overeenkomst geldig of nietig is.³⁸ Daarmee zijn even zovele meer of minder algemene manieren aangegeven om het (niet ten onrechte stevig aangezette) 'systeemfalen' van het privaatrecht (in elk geval in potentie) tegen te gaan, te voorkomen dat het privaatrecht verwordt tot een restrecht voor vergeten belangen,³⁹ doch in plaats daarvan het privaatrecht te laten worden wat het in potentie zou kunnen zijn: een verbeterde versie van zichzelf, *Privaatrecht 2.0*.

3.2.3 *Enkele specifiekere vormen van privaatrechtelijk 'feilen' en het bijstellen daarvan*

Naast de voornoemde meer algemene pleidooien tegen of voor de handhavende functie van het privaatrecht zijn er uiteraard, en vooral, ook meer gedetailleerde oplossingen voorgesteld voor meer specifieke problemen gerelateerd aan de handhaving in, door en via het privaatrecht. Een enkel voorbeeld uit de afgelopen jaren kan volstaan om te laten zien dat het thema als zodanig sterk leeft, en biedt ons tevens een vloeiende overgang naar het tweede te behandelen thema.⁴⁰

Waar het om verwezenlijking, handhaving of sanctionering en dus privaatrechtelijke remedies gaat, wordt met enige regelmaat getracht om buiten de gebaande paden te denken.⁴¹ Akkermans c.s. constateren in dat verband dat de remedie van de 'excuses' meer grond en basis kan vinden in het privaatrecht dan tot nu toe wellicht gedacht wordt, dat excuses vaker dan wellicht gedacht zinvol kunnen zijn en dat het persoonlijke karakter van excuses niet in de weg staat aan het afdwingen ervan.⁴² Dat concept vindt ook elders aanhang in die zin dat er bijvoorbeeld ook in de Verenigde Staten (VS) al is gepleit voor zogenaamde 'court-ordered apologies' in bepaalde gevallen (zoals 'civil rights cases' tegen de overheid), waarbij die 'apology' dan ook als een nieuwe en effectieve remedie naar voren is gebracht.⁴³

³⁸ Over dit alles Van Boom 2006, p. 33-45.

³⁹ Van Boom 2008, p. 769.

⁴⁰ Veel meer voorbeelden zijn te geven, zo is de opkomst van de proportionele aansprakelijkheid en de herontdekking van de kanstheorie in HR 21 december 2012, *NJ 2013, 237 (Deloitte/H&H Beheer)* ook te duiden in termen van verbeterde handhaving omdat daarmee de bewijsnood bij de causaliteitsvraag, welke de handhaving van bepaalde zorgplichten in de weg staat, bestreden kan worden. Zie nader daarover Giesen & Maes 2014.

⁴¹ Vgl. Du Perron 2003 (betere communicatie; verklaring voor recht).

⁴² Zie Akkermans e.a. 2008, p. 778 e.v.

⁴³ Zie White 2006. Akkermans e.a. 2008 laten veel meer Amerikaans onderzoek de revue passeren.

Geen excuses, maar veeleer harde actie is aan de orde in de door Haazen in het verleden onder de aandacht gebrachte 'False Claims Act'-procedures in de VS. Kern van de zaak is dat een ieder die frauduleuze praktijken onthult en de daaraan verbonden schade van de overheid in diens naam verhaalt, daarvoor beloond wordt (door een deel van de schadevergoeding op te mogen strijken, tot 30%). Handhaving door private burgers en bedrijfjes (*private bounty hunters*) neemt het hier over van publiekrechtelijk interventie, en met financieel succes.⁴⁴

Voor het zo belangrijke terrein van de collectieve, privaatrechtelijke handhavingmogelijkheden is vooral de Wet collectieve afwikkeling massaschade (WCAM) van belang.⁴⁵ In dat verband constateerde Croiset van Uchelen enige jaren geleden al, bijna terloops, dat die WCAM per definitie een *ex post* remedie is, zodat die wetgeving de 'systeemvereisten' voor handhaving van Van Boom niet haalt. Omdat de WCAM de collectieve actiemogelijkheden uitbreidt (beter: op de kaart heeft gezet), is er wat dat aangaat weinig te klagen.⁴⁶ Extra prikkels om, bovenop herstel in de oude toestand, de handhaving te stimuleren biedt die WCAM op het eerste gezicht echter niet. Dat bezwaar lijkt echter te ondervangen omdat een schikking (vaak voor een lager bedrag dan de werkelijke schade) ook kan behelzen, al lijkt het er niet op dat dit vaak gebeurt, dat er geldelijke middelen voor toekomstige collectieve acties beschikbaar komen voor bepaalde organisaties.⁴⁷ Dat is een concept dat de (collectieve) privaatrechtelijke handhaving zeker een 'boost' kan geven.

Een laatste voorbeeld op deze plaats. Hartlief heeft geanalyseerd, aansluitend bij zijn eerder genoemde betoog, in hoeverre de regeling van de vergoeding van smartengeld een bijdrage zou kunnen leveren aan het handhavingspotentieel van het privaatrecht. Aansluitend bij de rechtshandhavende functie die eerder al aan smartengeldvergoedingen werd toebedacht door Verheij⁴⁸, constateert Hartlief vooral dat er binnen het aansprakelijkheidsrecht een handhavingstekort bestaat en dat dat tekort (deels) op te lossen is via (verbeterde, verruimde) smartengeldvergoedingen. Hij voegt als (nieuwe) remedies toe aan het bestaande arsenaal de mogelijkheid van 'punitive damages',⁴⁹ en tevens de gedachte om smartengeld al toe te kennen indien bepaalde persoonlijkheidsrechten als zodanig zijn geschonden, onafhankelijk van de vraag of die schending

⁴⁴ Haazen 2006.

⁴⁵ Zie bijv. Loos & Van Boom 2009; Croiset van Uchelen 2008.

⁴⁶ Croiset van Uchelen 2008, p. 801.

⁴⁷ Croiset van Uchelen 2008, p. 801-802.

⁴⁸ Verheij 2002.

⁴⁹ Naast Hartlief zijn er soortgelijke pleidooien van Weyts 2006; Oosterhuis 2007; Boot 2008; Boukema 2008. Minder positief is Van 't Laar 2007, p. 110. Vgl. ook Geistfeld 2008 en Hondius 2009, en over punitive damages in brede zin Meurkens & Nordin 2012, en Meurkens 2014.

wellicht (ook) tot voor vergoeding in aanmerking komende materiële schade (inkomensverlies en dergelijke) heeft geleid.⁵⁰ De genoemde sancties zijn niet (louter) op compensatie gericht en komen dus in zoverre tegemoet aan in elk geval dat bezwaar van Van Boom. Of echter de smartengeldvergoeding die mogelijk zou moeten zijn bij de enkele schending van een persoonlijkheidsrecht, werkbaar gaat zijn, of deze bijvoorbeeld voldoende groot is om interessant te zijn voor een claim, valt nog te bezien. Het is mede daarom dat ik deze laatste vorm van sanctioneren in de volgende paragraaf nader uitwerk.

3.3 Het concrete niveau: de leer van de vergoeding van 'integriteitschade'

3.3.1 *Inleiding*

We hebben net gezien dat de toewijzing van smartengeld, en met name de eventuele verruiming van de mogelijkheden op dat vlak, gezien wordt als een mogelijke route om de handhaving van privaatrechtelijke aanspraken nader te verankeren. Inderdaad is dit een weg die de laatste jaren op verschillende deelgebieden van het aansprakelijkheidsrecht gevolgd lijkt te worden. Er zit hier dus nog wat rek en mogelijke vooruitgang in, zo lijkt het. De gezamenlijke noemer voor deze gevallen zou de term *integriteitsschade* kunnen zijn omdat het er uiteindelijk steeds om gaat dat een persoon in zijn (lichamelijke of geestelijke) integriteit is aangetast en dat die inbreuk tot zelfstandige 'schade' blijkt te leiden.

Ik noem als gevallen waarin dit speelt en die ik hier nader bespreek, ten eerste het (in dit verband) waarschijnlijk minst bekende geval van de schending van een fundamenteel procedureel recht (in § 3.3.2 en 3.3.3), en daarna de veel bekendere gevallen waarin een smartengelduitkering verstrekt wordt zonder dat aan de eisen die daaraan gewoonlijk gesteld worden (de aanwezigheid van geestelijk letsel) voldaan is (§ 3.3.5), en de gevallen waarin er geen 'informed consent' verkregen is door de arts (§ 3.3.6) waarin deze aanpak ook al eerder beproefd is. Tussendoor trek ik op basis van de paragraaf over de geschonden fundamentele rechten en de schending van de eis van de redelijke termijn, de meer algemene lijn als het om dit nieuwe leerstuk gaat (§ 3.3.4). Ik rond dit deel af met de bespreking van de grenzen die dit leerstuk stelt (§ 3.3.7).

3.3.2 *Procedurele fundamentele rechten en de verklaring voor recht*

Als een (civiele) procedure te lang duurt, is dat, ongeacht de uitkomst van de

⁵⁰ Zie § 3.3 hierna en Hartlief 2008a, p. 240, 242, 245 e.v. Vgl. over dat tweede aspect ook Lindenbergh 2005 en Hartlief 2008, p. 773. Kortmann & Sieburgh 2009, p. 260 en p. 289, zien smartengeldvergoedingen als compensatoir, ook in deze gevallen.

zaak in kwestie, een schending van art. 6 EVRM waarvoor de overheid verantwoordelijk is.⁵¹ Die verantwoordelijkheid zal dan omgezet worden in een sanctie, maar het sanctiearsenaal dat daarbij beschikbaar is, verschilt nogal. Zo kan het naar de maatstaven van het EHRM voldoende zijn als vorm van genoegdoening dat vast wordt gesteld dat er een fundamenteel recht van een persoon is geschonden. Naar Nederlands recht hebben we het dan uiteraard over een verklaring voor recht.⁵²

Dat een dergelijke verklaring voor recht inderdaad als remedie kan dienen na schending van de procedurele rechten van een procespartij, kwam pregnant naar voren in het langslpende conflict tussen de Staat en Chipshol. In de zaak die uiteindelijk tot het *Chipshol Holding III*-arrest⁵³ leidde, was er aanleiding voor (kortweg) Chipshol om een onrechtmatige daadsactie tegen de staat te entameren. Daaraan werd ten grondslag gelegd dat door de vervanging in een eerdere procedure van de drie oorspronkelijk aan de zaak toegewezen rechters, Chipshol in haar procesbelang was geschaad en dat (het bestuur van) Rechtbank Haarlem aldus art. 6 EVRM geschonden heeft en/of onzorgvuldig heeft gehandeld. Volgens Chipshol zou moeten worden onderzocht of de vervanging van de rechters in verband stond met het optreden van die kamer (lees: het beslissen ten gunste van Chipshol).

Het verzoek om een voorlopig getuigenverhoor dat ter voorbereiding op die onrechtmatige daadsvordering door het Haagse Hof nog werd afgewezen, omdat hetgeen door Chipshol aangevoerd was geen rechtsvordering tegen de Staat zou bieden, zodat Chipshol geen belang heeft bij het verzochte verhoor, werd door de Hoge Raad echter alsnog toegelaten. Zulks werd gebaseerd op de eigen vaste rechtspraak⁵⁴ inzake de toewijsbaarheid van voorlopige getuigenverhooren (welke toewijsbaarheid niet afhankelijk is, kort gezegd, van de inhoudelijke merites van de onderliggende actie).

De Hoge Raad overweegt vervolgens⁵⁵ in r.ov. 3.6:

⁵¹ Zie in zijn algemeenheid hierover Smits 2008, en specifiek voor de redelijke termijn bijv. Jansen 2000.

⁵² Zie ook Van Essen 2011, p. 124-125. Hij wijst ook op 'excuses' als mogelijke vorm van genoegdoening.

⁵³ HR 19 maart 2010, NJ 2010, 172 (*Chipshol Holding III/Staat*). Zie ook al HR 13 december 1996, NJ 1997, 682 (*W./Staat*), en Lindenbergh 2011, p. 83-84.

⁵⁴ Vgl. HR 6 juni 2008, NJ 2008, 323 (*R./Staat*).

⁵⁵ Van Maanen 2010, p. 193, betoogt dat de Hoge Raad had kunnen volstaan met het voorgaande. Hij ziet in de enkele aanwezigheid van de navolgende overweging een aanwijzing dat de Raad misschien terugkomt op het beruchte *Jeffrey*-arrest (HR 9 oktober 1998, NJ 1998, 853).

'Aan de toewijsbaarheid van een op die grond gebaseerde vordering staat, anders dan volgens het hof het geval is (...), niet in de weg dat Chipshol in de procedures tegen de Luchthaven en tegen LVNL een rechtsmiddel heeft kunnen instellen. Weliswaar heeft de (thans nog niet bekende) uitkomst van die procedures na aanwending van alle rechtsmiddelen te gelden als hetgeen waarop Chipshol jegens de Luchthaven en LVNL rechtens aanspraak kan maken, zodat zij in zoverre geen schade lijdt ten gevolge van het door haar gestelde onrechtmatig handelen van het gerechtsbestuur. *Maar dat neemt niet weg dat de door Chipshol gestelde gang van zaken, indien deze zou komen vast te staan, een ernstige schending zou betekenen van haar door onder meer art. 6 EVRM gegarandeerde fundamentele recht op een eerlijk proces.* In een op die schending gebaseerde procedure tegen de Staat zou Chipshol in elk geval, *als genoegdoening* voor deze schending, een daartoe strekkende *verklaring voor recht kunnen vorderen.* (mijn cursiveringen, IG)'

Hiermee erkent de Hoge Raad op zijn minst dat de vordering van Chipshol niet helemaal zonder juridische grond is, zonder daarmee iets te zeggen, overigens, over de uiteindelijke feitelijke juistheid van die vordering. De Hoge Raad sluit ook niet uit dat er uiteindelijk eventueel ook schadevergoeding mogelijk is, want hij stelt dat er 'in elk geval' ruimte is om een verklaring voor recht te vorderen, hetgeen er ook op duidt (althans zou kunnen duiden) dat er (ook nog) ruimte is voor iets anders, hoewel er geen sprake is van 'schade' in de gebruikelijke zin van dat woord.⁵⁶

⁵⁶ Zo ook Haas 2010, p. 161. Of deze uitspraak ook nog een (gedeeltelijk) terugkomen op het net genoemde *Jeffrey*-arrest (NJ 1998, 853) behelst, kan op deze plaats in het midden blijven. Zie daarover Van Maanen 2010, p. 189 e.v.; Haas 2010, p. 158 e.v.; Keirse 2011, p. 869 e.v.; Lindenbergh 2011, p. 84-86; Van Essen 2011, p. 124-125. Kort daarover enkel nog dit: de discussie zal door de uitspraak in HR 24 juni 2011, NJ 2011, 390 (Jeugdzorg Haaglanden) niet verstommen, vermoed ik. De Hoge Raad erkent daarin, op grond van art. 5 EVRM en in afwijking van eerdere rechtspraak, als voldoende procesbelang de vaststelling van de rechtmatigheid van een al afgelopen vrijheidsbenemende maatregel. Dat is uiteraard een belang dat meteen ook een stevige vermogensrechtelijke kant kent (en dus geen zuiver emotioneel belang), maar de overweging van de Hoge Raad dat dit belang 'hem ook niet [zal] mogen worden ontzegd op de grond dat hij niet heeft aangevoerd dat hij beoordeling van de rechtmatigheid van de maatregel verlangt teneinde een aanspraak op schadevergoeding geldend te kunnen maken', zal het kamp-Van Maanen als steun beschouwen. Mijn idee zou zijn: volg de stelling van Lindenbergh in diens preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht (te kort: een beroep op een fundamenteel recht staat gelijk aan een procesbelang, zie Lindenbergh 2011, p. 86.), dan wordt meteen ook aan art. 13 EVRM (welk artikel bij deze rechtspraak een rol speelt) voldaan.

Van belang voor de hier besproken materie is met name dat de zojuist besproken *Chipshol*-uitspraak er op lijkt te wijzen dat de enkele schending van een procesrechtelijk beginsel – zoals het recht op een eerlijk proces – voldoende kan zijn voor een verklaring voor recht op grond van onrechtmatige daad, ook zonder dat er daadwerkelijk (vermogens)schade is geleden door (beter: ten gevolge van) die schending.⁵⁷ De schending, de inbreuk 'als zodanig'⁵⁸ is hier dus voldoende voor een sanctie – een verklaring voor recht – én een actie⁵⁹ om die sanctie om te kunnen dwingen: de Hoge Raad spreekt immers over 'een op die schending gebaseerde procedure', hetgeen dus een zelfstandige procedure behelst.⁶⁰

Dit zou mijns inziens een goede ontwikkeling zijn die keurig zou passen bij het eerder besproken debat over de handhavingfunctie, en bij de huidige trend om meer aandacht voor genoegdoening, ook via gerechtelijke procedures, aan de dag te leggen.⁶¹ Het zou tevens passen bij de trend – hierna nader besproken – om inbreuken op bepaalde fundamentele rechten als zodanig als 'sanctiewaardig' te beschouwen, ook zonder dat die inbreuk dan specifiek tot schade van een bepaalde soort heeft geleid.⁶² Dit zou bovendien aansluiten bij de op EHRM-niveau vaak als remedie benutte mogelijkheid – hoewel dat niet zonder kritiek is gebleven – dat de declaratoire uitspraak van het Hof dát er een schending van een mensenrecht heeft plaatsgevon-

⁵⁷ En dat terwijl in het *Jeffrey*-arrest een dergelijke vordering (te weten: een verklaring voor recht) als een (in dat geval) 'zuiver emotioneel belang' niet als een voldoende belang in de zin van art. 3:303 BW werd gezien. Ogenblikkelijk valt echter op dat het in *Chipshol* niet om een 'zuiver emotioneel belang' gaat, zodat in zoverre de vergelijking al mank gaat. Verder meen ik dat de achtergrond in *Chipshol* zodanig anders was (het ging om de vraag of een voorlopig getuigenverhoor moest worden gelast, waarbij geldt dat niet vereist is dat er al enige rechtens afdwingbare vordering aanwezig is) dan in *Jeffrey*, dat ook daarom het laatst gewezen arrest niets zegt over of het eerste arrest achterhaald zou zijn (wat overigens, ook mijns inziens, een goede insteek zou zijn). Zo ook Haas 2010, p. 161. Met andere woorden: als er in de *Jeffrey*-zaak 'slechts' een verzoek om een voorlopig getuigenverhoor te mogen houden, zou zijn gedaan, zou wat mij betreft ook dat verzoek toegewezen zijn.

⁵⁸ Ik noem dat ook wel een 'integriteitsinbreuk' om zo de link met integriteitsschade te kunnen leggen.

⁵⁹ Waarmee impliciet ook aanvaard wordt dat er ook een (beschermenswaardig) belang is (want: zonder belang, geen actie).

⁶⁰ Het is dit aspect dat Van Maanen (Van Maanen 2010, p. 189 e.v.) m.i. onvoldoende op waarde schat.

⁶¹ Ik noem slechts de mogelijkheid van een doorverwijzing naar mediation door de rechter. In het aansprakelijkheidsrecht is 'genoegdoening' ook al enige tijd een belangrijk thema. Vgl. in dit verband ook Haas 2010, p. 161, en zie bijv. Du Perron 2003.

⁶² Zie eerder al de opvatting van Hartlief, besproken in § 3.2.

den, voldoende herstel biedt voor betrokkene.⁶³ Iets soortgelijks lijkt zich hier als een nationale optie aan te dienen. Geheel nieuw zou dat overigens niet zijn, want de Hoge Raad overwoog eerder al eens:⁶⁴

'Voorts dient er rekening mee te worden gehouden dat in het enkele feit dat de rechter vaststelt dat inderdaad van een schending van de betrokken voorschriften sprake is geweest, reeds een zekere genoegdoening is gelegen, zoals ook uitgangspunt is van de rechtspraak van het EHRM op grondslag van art. 50 EVRM.'

3.3.3 Een schadevergoedingssanctie bij schending van de redelijke termijn

De sanctie op het niet in acht nemen van art. 6 EVRM door de rechter wordt vaak 'weggemoffeld' onder de noemer dat deze inbreuk niet of nauwelijks doorwerkt op de materiële, achterliggende beslissing voor de betrokkene(n), meestal beide civiele partijen, of dat deze inbreuk gaandeweg de civiele procedure al hersteld is. Dat moge zo zijn, ook als Straatsburgse praktijk, maar als wij dat aanvaarden, dan blijft art. 6 EVRM betrekkelijk weerloos achter, terwijl schending van dat artikel wel als een onrechtmatig handelen kwalificeert.⁶⁵ 'Hulp' zou hier echter kunnen worden geboden, zo laat ook de rechtspraak over de schending van de redelijke termijn zien, via een vordering op grond van onrechtmatige daad jegens de Staat, mits die rechtspraak in breder verband zou worden gevolgd.

Eerst echter de schending van de redelijke termijn. De bedoelde 'redelijke termijn'-rechtspraak heeft zich, kort gezegd, als volgt ontwikkeld. Het Hof Den Haag heeft er in 2009,⁶⁶ aansluitend bij de toen al redelijk uitgekristalliseerde bestuursrechtelijke jurisprudentie inzake redelijke termijnschen-

⁶³ Ook Haas 2010, p. 161-162, wijst op de parallel. In HR 28 maart 2014, ECLI:N-L:HR:2014:736 (*De Bilt*) wordt deze mogelijkheid ook aanvaard, zie hierna, en kritisch daarover Van Kessel 2014, p. 272.

⁶⁴ HR 13 december 1996, NJ 1997, 682 (*W./Staat*), r.ov. 3.3. Hierop is gewezen door Keirse 2011, p. 871. Wat daarmee vooralsnog wel blijft staan, en lastig te pareren lijkt, is dat er dan blijkbaar een onderscheid bestaat en moet worden gemaakt tussen geschonden EVRM-rechten (*Chipshol*) en andere (subjectieve) rechten (*Jeffrey*), hetgeen niet altijd gerechtvaardigd lijkt. Maar wellicht vindt (vond) de Hoge Raad het zuiver emotionele belang om met de rouwverwerking een begin te (kunnen) maken niet fundamenteel genoeg, hetgeen in zoverre juist is dat dit belang nergens in een fundamenteel recht lijkt te zijn geïncorporeerd.

⁶⁵ Zo o.a. Barkhuysen & Van Emmerik 2006, p. 56.

⁶⁶ Hof Den Haag 24 februari 2009, *JA* 2009, 67 (*A./Staat*), en daarna bijvoorbeeld nog Rb. Den Haag 20 mei 2009, LJN: BL5132; Rb. Den Haag 24 juni 2009, *JA* 2009, 127, en Rb. Den Haag 30 september 2009, *JA* 2009, 165, alsmede Hof Den Haag 19 april 2011, *AB* 2011, 181 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik. Zie verder Lindenbergh, 2011, p. 101-107.

dingen, voor gekozen de oudere jurisprudentie van de Hoge Raad inzake onrechtmatige rechtspraak⁶⁷ in dit soort gevallen ter zijde te laten, of in elk geval niet te benutten. Het Hof⁶⁸ oordeelde in plaats daarvan dat toewijzing van een op onrechtmatige daad gebaseerde schadevergoedingsvordering (wegens de frustratie en spanning verbonden aan het uitblijven van een rechterlijke beslissing) bij overschrijding van de redelijke termijn mogelijk is. Vervolgens werkt het Hof uit welke factoren de lengte van de in acht te nemen termijn bepalen, en welke vergoeding daar dan bij past.

Of deze in elk geval in 2009 gedurfde beslissing – welke wat mij betreft in het licht van (de vereiste mate van effectiviteit uit) het EVRM,⁶⁹ alsmede in het licht van de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie inzake de staatsaansprakelijkheid wegens schending van Europees recht door een (hoogste) rechter,⁷⁰ terecht mag worden genoemd – op dat moment geheel aansloot bij de uitleg die gewoonlijk aan art. 6:106 BW betreffende de vergoeding van smartengeld (via de persoonsaantasting 'op andere wijze') werd gegeven, kon betwijfeld worden, want was daarvoor niet geestelijk letsel vereist? Maar met de steun van art. 6 EVRM en art. 13 EVRM in de rug, en de wetenschap dat de bepaling inzake 'ander nadeel' de laatste jaren redelijk extensief is toegepast,⁷¹ viel er ook toen inhoudelijk al veel te zeggen voor de ruime uitleg van dat artikel, teneinde tot een vorm van schadevergoeding wegens onrechtmatige rechtspraak te komen.⁷²

Daarvoor pleit tevens dat nadien ook de belastingkamer van de Hoge Raad (in bestuursrechtelijke kwesties derhalve) ook buiten de gevallen waarin een boete is opgelegd (die dan eventueel verlaagd kan worden) de hier besproken koers volgt.⁷³ En uiteindelijk heeft ook de civiele kamer van de Hoge Raad deze lijn opgepakt. De Raad heeft in een eerste zaak die werd aangebracht,

⁶⁷ Zie HR 3 december 1971, *NJ* 1972, 137 (*X./Staat*).

⁶⁸ Hof Den Haag 24 februari 2009, *JA* 2009, 67 (*A./Staat*), met verwijzingen naar diverse bestuursrechters. Zie ook nog Sterkenburg 2011, p. 148-150.

⁶⁹ Zie EHRM 8 juni 2006, nr. 75529/01 (*Sürmeli t. Duitsland*), § 101, waaruit volgt dat o.a. het niveau van compensatie van belang is. Dat betekent echter tevens dat compensatie 'as such' al mogelijk moet zijn, hetgeen naar de stand van de rechtspraak in Nederland sinds kort het geval is.

⁷⁰ Zie HvJ EU 30 september 2003, C-224/01, *NJ* 2004, 160 (*Köbler/Oostenrijk*) en HvJ EU 13 juni 2006, C-173/03, *NJ* 2006, 543 (*Traghetti/Italië*), alsmede Fernhout 2010, p. 2696-2699.

⁷¹ Vgl. Dijkshoorn 2010, p. 1348, verwijzend naar o.a. het *Baby Kelly*-arrest (HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606).

⁷² Ook al voor een ruime uitleg: Van Emmerik 1997, p. 371. Zie nader Sterkenburg 2011, p. 153-155.

⁷³ Zie HR 10 juni 2011, *AB* 2011, 184; *AA* 2011, p. 815 e.v., en Lindenbergh 2011, p. 105-106.

moeten constateren dat de insteek zoals het Hof Den Haag die blijkens het voorgaande in een constante lijn van rechtspraak gekozen heeft, niet eens via het cassatiemiddel ten principale aangevallen werd:⁷⁴ overschrijding van de redelijke termijn is een onrechtmatige daad, waarna toewijzing van immateriële schadevergoeding op grond van art. 6:106 BW mogelijk is.

Vervolgens, en ten principale, werd op 28 maart 2014 door de Hoge Raad een arrest gewezen waarin de in het voorgaande besproken lijn van vergoeding van immateriële schade bij de schending van de redelijke termijn, volledig werd doorgetrokken.⁷⁵ Het ging om een geval waarin de civiele onteigeningsprocedure te lang geduurd zou hebben, waarna de eisende partijen bij pleidooi in eerste aanleg verzochten om schadevergoeding door de wederpartij, de gemeente, wegens deze termijnoverschrijding. De rechtbank meende in dit verband dat niet was voldaan aan de stelplicht ter zake van de immateriële schade.

In cassatie sneuvelt dat oordeel. Geparafraseerd weergegeven overweegt de Hoge Raad, veronderstellenderwijs van een schending van art. 6 EVRM uitgaande, voor zover in dit verband van belang:

- Uitgangspunt van het EHRM is dat het uitblijven van een rechterlijke beslissing binnen redelijke termijn leidt tot spanning en frustratie, hetgeen een grond is voor toekenning van een vergoeding voor immateriële schade. Dit is ook voor het nationale recht de maatstaf; dat betekent dat er ter zake van zodanige schade geen stelplicht rust op de partij die zich op schending van art. 6 EVRM beroept (r.ov. 3.11).
- Uit de rechtspraak van het EHRM volgt dat het nationale recht in verband met art. 13 EVRM moet voorzien in een effectieve mogelijkheid voor vergoeding van schade wegens een redelijke termijnoverschrijding; een op grond van onrechtmatige daad in te stellen separate procedure tegen de Staat kan een voldoende effectief rechtsmiddel zijn (3.14).
- Indien de gestelde termijnoverschrijding plaatsvindt in een civiele procedure, is voor een beoordeling daarvan door de civiele rechter, anders dan bij bestuursrechtelijke procedures, niet nodig dat deze in de lopende procedure plaatsvindt. Het betrekken van de Staat in een lopende civiele procedure is bezwaarlijk in te passen in het Nederlandse burger-

⁷⁴ Zie HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013BX8360 (*X./Staat*). Deze zaak betrof vooral de vraag of deze regel ook gelding heeft als het alleen over de duur van de bezwaarfase gaat.

⁷⁵ HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:736 (*De Bilt*). De Hoge Raad bespreekt ook (in r.ov. 3.16) de vraag *wanneer* er sprake kan zijn van een schending van de redelijke termijn, maar daaraan ga ik hier voorbij. Zie verder over dit arrest Lindenbergh 2014a, en Van Kessel 2014.

lijk procesrecht, want het betrekken van de Staat in een lopend civiel geding teneinde een vordering tot schadevergoeding wegens overschrijding van de redelijke termijn aan de rechter voor te leggen, is een niet-noodzakelijke belemmering voor een voortvarende afhandeling van het geding (3.14).

- Dus moet na overschrijding van de redelijke termijn in een civiele procedure, een daarop gerichte vordering tot schadevergoeding worden ingesteld in een afzonderlijke procedure tegen de Staat (3.15).
- Voor de hoogte van de toe te kennen vergoedingen kan aansluiting worden gezocht bij de vergoedingen die in het bestuursrecht worden toegekend, namelijk € 500 per half jaar overschrijding van de redelijke termijn. In gevallen van geringe overschrijding kan worden volstaan met de constatering dat de redelijke termijn is overschreden (3.16.3).

Hiermee is duidelijk geworden dat redelijke termijnschendingen in civiele zaken, conform de EHRM-rechtspraak, tot schadevergoedingen door de Staat leiden, hoewel er in termen van Nederlands recht gesproken, niet werkelijk sprake is van vergoedbare immateriële schade; er valt immers 'slechts' spanning en frustratie te noteren. Dat wordt echter anders als het concept van de persoonsaantasting (en dus het schadebegrip) ook hier ruimer zou worden uitgelegd, door de eis van geestelijk letsel (ook) hier los te laten.⁷⁶ En dat is dan ook precies wat hier is geschied, net zoals dat elders al eerder gebeurde.

3.3.4 Algemener: vergoeding van 'integriteitsschade'

De logische vervolgvraag die nog open staat, is dan of de in het voorgaande besproken lijn in de rechtspraak wellicht breder toepasbaar is, dus niet alleen bij schending van de redelijke termijn kan worden benut, maar ook bijvoorbeeld bij handelen in strijd met hoor en wederhoor, in gevallen dus waar de schending wel doorwerkt op de materiële, achterliggende beslissing voor de betrokkene(n). Naast de hiervoor al besproken versoepeling in de rechtspraak duidt ook het ruimere (soepelere) criterium voor onrechtmatige rechtspraak zoals de Hoge Raad dat in het arrest *Greenworld/ASB* lijkt te hebben aanvaard,⁷⁷ erop dat dit wellicht mogelijk zou moeten zijn.

Stel dat bijvoorbeeld niet aan de specifieke eis van 'fair trial' voldaan is, dan ligt de gedachte aan een schadevergoeding op zichzelf in de rede. Want ook hier kan gesteld worden – zoals dat ook gebeurt bij een schending van de

⁷⁶ Vgl. ook al de noot van Dijkshoorn onder Hof Den Haag 24 februari 2009, *JA* 2009, 67 (*A./Staat*), en Lindenbergh 2014a, p. 640 en p. 641.

⁷⁷ Zie HR 4 december 2009, *NJ* 2011, 131 (*Greenworld/NAI*). Er is veel discussie over de vraag of de Hoge Raad hier werkelijk een nieuwe lijn heeft ingezet. Zie recentelijk Van Schaick 2013, met verdere verwijzingen.

redelijke termijn – dat het enkele niet in acht nemen van bijvoorbeeld de eis van hoor en wederhoor tot spanning en frustratie heeft geleid (juist omdat iemand niet zijn eigen verhaal heeft kunnen doen), terwijl de gedachte die besloten ligt in art. 13 EVRM impliceert⁷⁸ dat er een nationaal rechtsmiddel ter beschikking zou moeten staan, desnoods door het nationale recht te doorbreken of opzij te zetten. Dat een schending van hoor en wederhoor vaak in hoger beroep kan worden rechtgezet, zodat er geen schade resteert (los van de dan wellicht ten onrechte gemaakte extra proceskosten, etc.)⁷⁹ doet wat mij betreft aan dit alles niet per se af, want de inbreuk als zodanig op het fundamentele recht om gehoord te worden, blijft bestaan en blijft sanctieloos als er niets wordt gedaan (terwijl de klager daarvoor minimaal één rechterlijke instantie ontnomen is).⁸⁰

Die immateriële schadevergoeding wordt in zo een geval dus wel, op de keper beschouwd toegekend voor de inbreuk 'als zodanig', voor de schending van iemands mensenrechtelijke aanspraak 'as such', en dus los van de vraag of er daadwerkelijk (immateriële) schade geleden is (omdat het 'enkele onbehagen' of de 'enkele frustratie' op zich normaal gesproken naar Nederlands recht onvoldoende is om smartengeld te verkrijgen⁸¹).⁸² Omdat de mensenrechtelijke integriteit van een burger is geschonden door de overheidsrechter, heeft deze burger recht op een vergoeding (door de Staat) van de 'schade' die door deze 'integriteitsinbreuk' is bewerkstelligd.

⁷⁸ Uiteraard is ook bij mij bekend dat art. 13 EVRM niet van toepassing is bij dit type art. 6 EVRM-schendingen (anders dan bij redelijke termijnschendingen) omdat dat een *lex specialis* is. Dat een effectief rechtsmiddel nodig is, is daarmee echter niet van de baan.

⁷⁹ Die kosten zijn er zelfs nog als de rechtspraak zou besluiten dat er geen griffierechten zullen worden geheven, zoals in HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:736 (*De Bilt*) ook geschiedde.

⁸⁰ Vgl. echter nog Lindenbergh 2011, p. 103. Hij zoekt een verklaring voor het verschil in benadering bij termijnschendingen en andere schendingen (bij de laatste wordt immers meer terughoudendheid betracht), en wel hierin dat een schending van de redelijke termijn niet de inhoud en de zorgvuldigheid van totstandkoming van de rechterlijke beslissing betreft. Dat onderscheid met bijvoorbeeld een schending van hoor en wederhoor kan uiteraard inderdaad gemaakt worden, maar als in termen van integriteit gedacht wordt, is het onderscheid m.i. niet (langer) bepalend want die inbreuk is in beide gevallen aanwezig.

⁸¹ Zie o.a. HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145 (*Wrongful birth*); Lindenbergh 2011, p. 93. Die beperking geldt niet als art. 6:106 BW niet van toepassing is, zoals onder art. 35 Bopz, zie HR 13 december 1996, *NJ* 1997, 682 (*W./Staat*).

⁸² Zie hierover Verheij 1998, p. 339-341, waar het andere vormen van 'klein' psychisch leed en smartengeldvergoedingen betreft, alsmede Verheij 2002, p. 312-315; Lindenbergh 2011, p. 94 en 95, en Van Essen 2011, p. 123 e.v.

Dat is niet anders dan bij de moeder en vader uit de *Baby Kelly*-zaak die (te-recht) een aanspraak op smartengeld hadden – in een horizontale verhouding – omdat hun recht op zelfbeschikking (ook een fundamenteel recht) geschonden werd. Diezelfde gedachte werd toegepast toen in de zaak van de *Oosterparkrellen* in Groningen een vergoeding moest worden betaald aan de familie die ook na herhaaldelijke noodoproepen uren had moeten wachten op optreden van de politie, omdat zodoende hun (kort gezegd) persoonlijke integriteit en de veiligheid van hun woning in gevaar was gebracht.⁸³ Men heeft in al deze gevallen dus recht op vergoeding van wat 'integriteitsschade' genoemd wordt.⁸⁴ Daarmee doel ik dan op een schadevergoeding voor de inbreuk op de (hier: door art. 6 EVRM beschermde) fundamentele rechten van de eiser *als zodanig*, welke inbreuk kwalificeert als een aantasting in de persoon in de zin van art. 6:106 lid 1, aanhef en onder b, BW, zonder dat daarvoor nog nodig is dat geestelijk letsel wordt vastgesteld.⁸⁵ Het enkele feit dat iemands fundamentele (procedurele) rechten geschonden zijn, is grond voor een naar billijkheid te bepalen, maar wat mij betreft genormeerde en in omvang beperkte immateriële schadevergoeding als genoegdoening en tegemoetkoming voor het immateriële nadeel.⁸⁶ Dat moet ook zo zijn, omdat anders dat fundamentele (procedurele) recht een lege huls blijkt te zijn.⁸⁷

⁸³ HR 18 maart 2005, NJ 2006, 606 (*Baby Kelly*), en HR 9 juli 2004, NJ 2005, 391 (*Oosterparkrellen*), en daarover Nguyen 2009, p. 1813-1815. Zie ook reeds Hof Amsterdam 19 februari 1998, TvGR 1998, 48.

⁸⁴ Deze term is, als gezegd, ontleend aan het artikel van Hendrix & Akkermans 2007, p. 498 e.v., met betrekking tot een geval van 'informed consent' maar ik zet dus in op een veel bredere inzet van die notie, ook buiten de gevallen van informed consent in de medische sfeer.

⁸⁵ Zie ook de omschrijving bij Wijne 2013a, p. 85.

⁸⁶ Hierbij verdient wel nog opmerking dat het EHRM zelf nooit zo ver gegaan is de opvatting te huldigen dat iedere verdragsinbreuk op zichzelf een (immateriële) schadevergoeding rechtvaardigt. In die zin Van Emmerik 1997, p. 193-194, die ook aangeeft dat de Commissie daar (vroeger) anders over dacht en dat de doctrine verdeeld is. Dat doet wat mij betreft echter niet af aan de hier gevolgde redenering omdat het mij gaat om de vorm waarin het wél door het Hof geëiste nationale rechtsmiddel (op basis van art. 13 EVRM, zie o.a. EHRM 26 oktober 2000, NJ 2001, 594 (*Kudla t. Polen*) en EHRM 2 september 2010, Appl.no. 46344/06 (*Rumpf t. Duitsland*), § 50) gegoten zou kunnen worden, en niet om de 'Europese' sanctionering. Bovendien wordt immateriële schade ook vergoed buiten gevallen van een onredelijke lange duur van een procedure, bijvoorbeeld voor ongerustheid en ellende in verband met een schending van art. 8 EVRM, en voor een zeker gevoelen van afzondering en hulpeloosheid door schending van art. 5 lid 4 EVRM. Zie voor deze voorbeelden, met verwijzingen, Barkhuysen & Van Emmerik 2006, p. 45-46. Dat zijn bepaald ruimere mogelijkheden dan het Nederlandse recht tot nu toe kent en dus vormt het EVRM bepaald geen sterk argument tegen de hier verdedigde opvatting.

⁸⁷ Zie bijv. Lindenbergh 2008, p. 14.

De meer recente rechtspraak van de Hoge Raad sluit hierbij aan door de mogelijkheid van een uitzondering op het vereiste van 'geestelijk letsel' in bredere zin te erkennen. In het *Blauw oog*-arrest werd immers als volgt bepaald:⁸⁸

'De motiveringsklacht tegen het oordeel van het hof dat [eiser] onvoldoende heeft onderbouwd dat hij door de mishandeling ook op andere wijze in zijn persoon is aangetast(...), faalt echter. Voor de toewijsbaarheid van een hierop gerichte vordering is uitgangspunt dat de benadeelde geestelijk letsel heeft opgelopen. *Weliswaar is niet in alle gevallen uitgesloten dat een uitzondering op dit uitgangspunt wordt aanvaard in verband met de bijzondere ernst van de normschending en de gevolgen daarvan voor het slachtoffer*, maar in het onderhavige geval heeft het hof kennelijk en niet onbegrijpelijk geoordeeld dat daartoe onvoldoende is gesteld (mijn cursivering, IG)'.

De Hoge Raad spreekt hier uiteraard niet over integriteitsschade of een soortgelijke term, maar biedt mijns inziens wel een fraaie opening voor een ruimhartiger beleid als het om persoonsaantastingen als grond voor smartengeld gaat. Een integriteitsinbreuk kan wat mij betreft zeker ook als een ernstige normschending kwalificeren, en bij de gevolgen daarvan voor het slachtoffer kan meegenomen worden dat er slechts langs de route van de integriteitsschade enige sanctie te noteren valt.

Als het om de omvang van het bedrag gaat, is nog van belang dat het hier niet om compensatie gaat, maar om de bevrediging van het rechtsgevoel, om genoegdoening;⁸⁹ 'punitive damages' zijn ook niet aan de orde, want bestraffing is hier geen doel.⁹⁰ Van Essen noemt in dit verband een bedrag tussen de € 5.000,- en € 10.000,- en dat lijkt mij alleszins redelijk.⁹¹ Een dergelijk genormeerd en ook niet buitensporig hoog bedrag is qua hoogte wel voldoende om handhavend te 'werken', zo mag verwacht worden, omdat het ten opzichte van reguliere smartengeldbedragen in Nederland zeker niet aan de onderkant zit.⁹²

⁸⁸ HR 29 juni 2012, *NJ* 2012, 410 (*Blauw oog*).

⁸⁹ Wijne 2013a, p. 85-86.

⁹⁰ Lindenbergh 2008, p. 14-15. Uitvoerig over doeleinden van 'punitive damages': Meurkens 2014.

⁹¹ Van Essen 2011, p. 132. Inzake de omvang van deze vergoeding, zie ook Lindenbergh 2008, p. 36-37, alsmede Lindenbergh 2011, p. 96-100, die aldaar de signaalfunctie (symbolische vergoeding) onderstreept en ook tot een zekere normering neigt.

⁹² Zie over de hoogte van de bedragen in meer algemene zin ook nog Nguyen 2009, p. 1817 en 1818, die qua hoogte in dezelfde richting denkt.

3.3.5 *Andere fundamentele rechten*

De gedachte van smartengeld gekoppeld aan de inbreuk als zodanig op een fundamenteel recht, dus los van de eventuele schadelijke gevolgen van die inbreuk, is een fenomeen dat ook buiten de sfeer van de fundamentele processuele rechten eerder en vaker waargenomen kon worden in de Nederlandse rechtspraak. Gedacht moet daarbij worden aan de – al genoemde gevallen van – immateriële schadevergoeding die volgde op het geschonden recht op zelfbeschikking van de moeder en de vader in de *Baby Kelly*-zaak, alsmede aan de integriteit van de persoon en de veiligheid van de woning die in het geding waren in de *Oosterpark*-zaak, en in dat geval ook tot vergoeding van immateriële schade hebben geleid.⁹³ Beide arresten – zij zijn bekend genoeg om hier niet verder te hoeven bespreken – getuigen van een, hoewel vooralsnog beperkte, trend om inbreuken op dit soort fundamentele rechten (zelfbeschikking, veiligheid van de woning) als zodanig als 'sanctiewaardig' te beschouwen, ook zonder dat die inbreuk dan specifiek tot schade van een bepaalde soort heeft geleid (danwel als een extra, zelfstandige schadecategorie).⁹⁴

Wat echter nog niet gebeurd is, althans niet in de rechtspraak,⁹⁵ is dat die lijn – buiten het hierna in § 3.3.6 nog kort besproken geval van informed consent – in algemene en ruime zin doorgetrokken is en algemeen aanvaard en uitgebouwd is,⁹⁶ hoewel het net besproken *Blauw oog*-arrest wel daartoe de ruimte lijkt te bieden. Dogmatisch zou dat overigens eenvoudig moeten kunnen: het komt hierop neer dat er een nieuwe 'schadepost' moet worden 'ontdekt' binnen (of beter: ingepast worden in) art. 6:106 BW, meer specifiek als onderdeel van de categorie van persoonsaantastingen 'op andere wij-

⁹³ Zie HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606 (*Baby Kelly*), en HR 9 juli 2004, *NJ* 2005, 391 (*Oosterparkrellen*); Lindenberg 2011, p. 90-95. Zie ook reeds Verheij 1998, p. 339 e.v.

⁹⁴ Het *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) gaat ook die kant op, in art. VI.-2:203: de aantasting van iemands 'dignity' als zodanig is rechtens relevante schade, zie Lindenberg 2011, p. 348.

⁹⁵ Nguyen 2009, p. 1815, wijst wel nog op Hof Arnhem 22 maart 2005, *JA* 2005, 47.

⁹⁶ Al heeft vooral Emaus 2013 hierop voort gedacht bij de ontwikkeling van haar concept van de 'fundamentele rechtsschending' die volgens haar een aparte plaats in het BW zou moeten krijgen, en bijvoorbeeld bedoeld is voor gevallen waarin er geen actie beschikbaar is in het geval iemand in zijn geestelijke of lichamelijke integriteit is aangetast, zie p. 339. Net als bij integriteitsschade is bij haar het bestaan van schade geen noodzakelijke voorwaarde meer voor een actie, zie Emaus 2013, p. 332 en p. 339. Bij haar is het rechtsgevolg echter vooral gelegen in de mogelijkheid van rechtzetting en van schendingvoorkomende remedies (p. 334), al is een vergoeding in geld ook een optie (p. 343-345). Ook Rijnhout 2010, p. 230, pleit voor een algemene aanpak en een algemeen kader.

ze'.⁹⁷ Gezien de terughoudendheid waarmee dat artikel echter traditioneel door de wetgever⁹⁸ omgeven is, en omdat ook de Hoge Raad heeft aangegeven terughoudend te willen zijn – vergoeding is de uitzondering, en bij de beoordeling daarvan moet worden gelet op de ernst van de normschending en de ernst van de gevolgen voor het slachtoffer⁹⁹ – rijst echter wel de vraag of dat wel kan. Wat mij betreft wel,¹⁰⁰ omdat een integriteitsinbreuk een schoolvoorbeeld is van een persoonsaantasting. Dat er dan geen geestelijk letsel in de gebruikelijke juridische zin aanwezig is, is wat mij betreft in breder verband (net als in voornoemde arresten) verwaarloosbaar. De benodigde terughoudendheid – voor zover deze nog steeds belangrijk wordt gevonden, zie hierna – kan worden gegarandeerd via de eis van een inbreuk op een fundamenteel recht waaraan niet licht voldaan zal zijn.¹⁰¹

Dat laatste betekent echter niet, zoveel zal hopelijk duidelijk zijn, dat de in steek van integriteitsschade tot de al genoemde rechten beperkt zou moeten blijven. Zonder dat hier verder uit te kunnen werken, denk ik dat dezelfde gedachte bruikbaar is, althans zou kunnen zijn, in discriminatiezaken en in gevallen van seksuele intimidatie.¹⁰² Ook in gevallen waarin het door de Hoge Raad erkende algemene persoonlijkheidsrecht¹⁰³ in het geding is, lijkt de hier besproken doctrine goed bruikbaar te zijn. Dat is zeker het geval als het om bijvoorbeeld privacy-schendingen en/of onrechtmatige perspublicaties gaat.¹⁰⁴ De kinderen van een gemiddelde 'BN-er' hebben wellicht geen direct aantoonbare schade van een foto van henzelf – met papa of mama – in de *Story, Privé* of *Weekend*, maar hun integriteit (hun persoonlijke levenssfeer) is wel aangetast. Winstafdracht of (andere vormen van) 'punitive damages' om de handhaving van privaatrechtelijke rechten af te dwingen, zijn niet langer

⁹⁷ De 'omweg' die Emaus 2013, p. 325 e.v., bewandelt via een nieuwe wettelijke bepaling in het aansprakelijkheidsrecht is voor hetgeen ik hier beoog, in elk geval niet nodig.

⁹⁸ Parl. Gesch. Boek 6, p. 332-333 en p. 371 e.v. Zie ook Nguyen 2009, p. 1813.

⁹⁹ HR 29 juni 2012, *NJ* 2012, 410 (*Blauw oog*).

¹⁰⁰ Anders bijv. Kortmann & Sieburgh 2009, p. 287.

¹⁰¹ Met Nguyen 2009, p. 1817, meen ik dat het niet aangaat om de bescherming te beperken tot de 'zeer' fundamentele rechten (als die al te onderscheiden zouden zijn van gewone fundamentele rechten).

¹⁰² Zie Nguyen 2009, p. 1812.

¹⁰³ Zie HR 15 april 1994, *NJ* 1994, 608 (*Valkenhorst*), en HR 6 januari 1995, *NJ* 1995, 422 (*Parool/Van Gasteren*), in r.ov. 5.10.

¹⁰⁴ Zie inmiddels HR 4 oktober 2013, *NJ* 2013, 479 (*Parool*): 'Een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer kan aangemerkt worden als een aantasting in de persoon als bedoeld in art. 6:106 lid 1, onder b, BW die aanspraak geeft op vergoeding van immateriële schade (Parl. Gesch. Boek 6, p. 380).' Die uitspraak wijkt wel wat af van de lijn die de Hoge Raad eerder hanteerde, want in 1991 sprak men nog over een 'ernstige schending' van de persoonlijke levenssfeer, zie HR 1 november 1991, *NJ* 1992, 58 (*K./Staat*). Vgl. ook nog Van Harinxma thoe Slooten 2006.

nodig¹⁰⁵ – voor zover al inzetbaar – als integriteitsschade kan worden vergoed. En ook in de medische sfeer kan de notie van integriteitsschade zijn diensten bewijzen, zo is ook al gebleken in de literatuur en lagere rechtspraak.

3.3.6 *Nog een specifiek thema: informed consent en medische aansprakelijkheid*

Als een arts zijn informatieplicht schendt, dan betekent dat dat niet voldaan is aan de eis van 'informed consent' door de patiënt: zijn geïnformeerde toestemming ontbreekt omdat de noodzakelijke informatie ontbrak. Het probleem is echter dat lastig, zo niet onmogelijk aan te tonen is dat de patiënt anders gehandeld zou hebben als de informatie wel verstrekt zou zijn. De inbreuk, de zorgplichtschending door de arts blijft dan civielrechtelijk zonder sanctie.

Om dat laatste, ongewenste gevolg tegen te gaan kan opnieuw de notie van integriteitsschade worden benut, en dat is dan ook al eerder bepleit,¹⁰⁶ bijvoorbeeld ook door Verheij, Hendrix & Akkermans, Van Boom, Hartlief en Lindenbergh.¹⁰⁷ Wijne noemt dit zelfs 'de meest aangewezen optie',¹⁰⁸ deze route daarmee (blijkbaar) verkiezend boven de omkeringsregel, proportionele aansprakelijkheid en/of kansverlies.¹⁰⁹ Die literatuur zoekt daartoe steun bij de eerder genoemde arresten van de Hoge Raad inzake *Baby Kelly* en de *Oosterparkrellen* omdat het daar ging om schendingen van fundamentele rechten, net zoals dat bij informed consent (immers: het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt) het geval is, en in die arresten de, zoals Hartlief het verwoordt, 'omweg' via de route van het geestelijk letsel niet genomen hoeft te worden. Niet alleen de literatuur maar ook de (lagere) rechtspraak heeft deze notie mondjesmaat aanvaard, bijvoorbeeld al in 1998 door het Hof Amsterdam.¹¹⁰ Ook naar Frans recht is deze vorm van schade erkend als het om 'informed consent' gaat.¹¹¹

¹⁰⁵ Over beide figuren ook Kortmann & Sieburgh 2009, p. 282 e.v. en p. 287 e.v.

¹⁰⁶ Ook door auteur dezes, zie Giesen 1999, p. 82-83, op grond van het Duitse recht.

¹⁰⁷ Zie reeds Verheij 2002, p. 513; Hendrix & Akkermans 2007, p. 498 e.v.; Van Boom 2007, p. 987; Hartlief 2009, p. 30-32; Lindenbergh 2011, p. 92-96. Van Ommen 2010 is geen voorstander.

¹⁰⁸ Wijne 2013a, p. 85. Zie over deze materie ook nog Wijne 2013b, alsmede De Tavernier 2010.

¹⁰⁹ Over die andere routes recentelijk Giesen & Maes 2014.

¹¹⁰ Zie bijv. Hof Amsterdam 18 februari 1998, *TvGR* 1998, 48, en van recenter datum Rb. Midden-Nederland 18 september 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3761 (*X./UMCU*). Zie Wijne 2013a, p. 86 en p. 122, voor overige rechtspraak. In HR 23 april 2010, *JA* 2010, 97, liet de Hoge Raad het middel over deze kwestie onbesproken, zie Rijnhout 2010, p. 229-230, en Van Ommen 2010.

¹¹¹ Zie daarover Pierre 2011, p. 107-113, naar aanleiding van een uitspraak van het Franse *Cour de Cassation*: Cass. 1re civ., 3 juni 2010, no 09-13591. Overigens past het Franse artikel 9 *Code Civil* (over schending van de privacy) ook in dit plaatje. Kort over Italiaans, Belgisch en Frans recht verder nog Van Gerven & Lierman 2010, p. 390-391 en p. 483. Over België (t.a.v. persoonlijkheidsrechten) ook Verjans 2013, p. 531-532.

Een wat mij betreft gedegen rechtvaardiging voor deze verkorte route schuilt hierin, het is eerder besproken, dat daarmee voorkomen wordt dat de (geschonden) materiële norm inhoudsloos blijft, leegloopt, gegeven de bewijsnood bij de eisende patiënt, zodat het zelfbeschikkingsrecht daadwerkelijk geëffectueerd kan worden. Daar komt dan nog bij dat bewijsnood van de patiënt is toe te schrijven aan een handeling van de arts. Deze heeft het 'Unaufklärbarkeitsrisiko' geschapen en dient daarom op de blaren te zitten.¹¹² Het concept van integriteitsschade is dus ook bij informed consent-gevallen bruikbaar. Dat betekent uiteraard echter niet dat het idee daarmee ook grenzeloos in zijn toepassing is.

3.3.7 Grenzen?

In welke omvang de leer van de integriteitsschade zou kunnen of moeten worden toegepast, is met dit alles nog niet duidelijk. Uiteraard is een schending van een fundamenteel recht nodig, en die schending moet een aantasting in de persoon betekenen,¹¹³ maar verder? Die onduidelijkheid is niet onlogisch gezien de status van het leerstuk op dit moment. Toch kan er wel al enige nadere specificatie gegeven worden. In het arrest *Baby Kelly* ging het volgens de Hoge Raad immers om een 'ernstige inbreuk' en een 'ingrijpende aantasting' van een 'zo fundamenteel recht', zoals Hartlief terecht onderstreept.¹¹⁴ Er moet dus wel echt iets aan de hand zijn, en een zekere terughoudendheid lijkt daarmee voorgeschreven te zijn; daarop duidt ook het besproken *Blauw oog*-arrest¹¹⁵, waarin aangesloten wordt bij de 'bijzondere ernst van de normschending' en de 'ernst van de gevolgen'. Bij een nieuw leerstuk dat de grenzen van aansprakelijkheid oprekt, zoals integriteitsschade dat doet, ligt dat op zich ook voor de hand. Toch meen ik, met Wijne en Nguyen¹¹⁶, dat de grenzen van de notie van integriteitsschade best ruim(er) getrokken mogen worden, zoals ook blijkt uit het feit dat ik geschonden processuele fundamentele rechten ook 'meeneem'.

Mijn oordeel hangt vooral hiermee samen dat de ernst van de inbreuk of normschending niet direct een hanteerbaar criterium voor nadere afbakening lijkt te zijn. Immers, het gaat hier steeds om gevallen waarin iemand

¹¹² Zie reeds Giesen 1999, p. 83, met verwijzingen naar Duitse literatuur.

¹¹³ Nguyen 2009, p. 1815. Dat die inbreuk rechtstreeks gevolgen moet hebben voor de benadeelde, zoals de derde eis van Nguyen 2009, p. 1816, luidt, ligt daarin m.i. al besloten.

¹¹⁴ Hartlief 2009, p. 31-32. Ook Van Essen 2011, p. 131, geeft aan dat de Hoge Raad zich beperkt tot 'ernstige' schendingen'.

¹¹⁵ HR 29 juni 2012, NJ 2012, 410 (*Blauw oog*).

¹¹⁶ Wijne 2013a, p. 122, en zie over deze materie ook nog Wijne 2013b; Nguyen 2009, p. 1817.

door de schending van een zorgplicht door een ander niet in staat is gesteld en geweest om een eigen keuze te maken; niet inzichtelijk is hoe de ene inbreuk op iemands zelfbeschikking dan meer of minder ernstig zal zijn (althans: als zodanig geduid kunnen worden) dan een andere inbreuk.¹¹⁷ In breder verband: het is ook niet direct inzichtelijk hoe de inbreuk op iemands privacy, op iemands woongenot, op iemands veiligheid, op iemands familie- en gezinsleven¹¹⁸ of op iemands zelfbeschikking onderling onderscheiden zou kunnen worden en (met name) vervolgens anders behandeld zouden kunnen worden. De ernst van de inbreuk lijkt bij integriteitsschade dus niet erg onderscheidend te kunnen werken, ook niet omdat er sowieso een fundamenteel recht geschonden moet zijn. Ook volgens Wijne zou de ernst van de inbreuk niet bepalend zijn in de rechtspraak, en is vergoeding van integriteitsschade 'zonder meer' mogelijk.¹¹⁹

In plaats daarvan is het natuurlijk mogelijk om te werken met gevaltypen of categorieën van gevallen waarin een inbreuk als zodanig als integriteitsschade wordt erkend, zoals Hartlief lijkt te verdedigen.¹²⁰ Dat is inderdaad een manier om te differentiëren, maar het nadeel daarvan is wel dat het nog de nodige tijd zal kosten (en de nodige rechtspraak zal vergen) om tot enige duidelijkheid te komen over welke gevallen wel en welke gevallen niet onder de notie van integriteitsschade vallen. Maar wellicht is dat inherent aan de ontwikkeling van nieuwe leerstukken via de rechtspraak in plaats van via de wetgever.

Het tijdsaspect is in elk geval een nadeel dat ook kleeft aan een derde optie om een begrenzing aan te brengen, te weten de benadering waarbij verschillende gezichtspunten of factoren moeten worden afgewogen. Het gaat dan blijkens de literatuur om de aard van het geschonden belang, de gevolgen van de gedraging, de wijze van schending, en de vraag of er alternatieven zijn om de 'schade' te repareren.¹²¹ Wat langs deze route echter onvoldoende duidelijk wordt, mijns inziens, is dat het hele leerstuk van integriteitsschade in de kern draait om de vraag of er een inbreuk op iemands integriteit moet en kan worden vastgesteld. Als dat zo is, zijn de overige genoemde gezichtspunten niet meer ter zake dienend. Daarbij geldt dan

¹¹⁷ Dat speelt m.i. ook ten aanzien van het onderscheid tussen willens en weten of gewoon nalatig handelen, waarover Nguyen 2009, p. 1815. Evenmin is het doenlijk te onderscheiden tussen 'zeer' fundamentele en 'gewoon' fundamentele rechten en tussen 'ernstige' en 'minder ernstige' gevolgen van zo'n integriteitsinbreuk.

¹¹⁸ Zie nader (instemmend) Rijnhout 2012, p. 377-384.

¹¹⁹ Wijne 2013a, p. 121 (doch eerder andersom op p. 85-86). Anders nog Hendrix in haar noot onder HR 23 april 2010, *JA* 2010, 97 ('ernstig genoeg').

¹²⁰ Hartlief 2009, p. 32.

¹²¹ Zie Wijne 2013a, p. 86, met verdere verwijzingen, en Lindenbergh 2008, p. 35.

bovendien nog dat deze benadering waarschijnlijk al snel zal uitmonden in het vastleggen, door de rechtspraak, van welke gevaltypen er wel of niet onder passen. Vooralsnog lijkt dat dus de (enige) route om nadere invulling (en vooral ook enige inperking) aan de verder best ruim¹²² te bepalen reikwijdte van dit leerstuk te geven. Daartoe kom ik mede omdat een laatste alternatief kader welk aansluit bij de vraag of er enig letsel is en of een andere keuze door de eiser aannemelijk zou zijn geweest als de fout niet gemaakt was,¹²³ strijdig is met het hele concept van integriteitsschade dat immers juist van die aspecten abstraheert.

3.4 Slot

Als na (een vastgestelde) schending van een zorgplicht daadwerkelijk een sanctie (via een schadevergoeding) volgt, althans de mogelijkheid van zo een sanctie daadwerkelijk bereikbaar is, en niet als nauwelijks te verwezenlijken moet worden aangemerkt in verband met causaliteitsproblemen, wordt het privaatrecht handhavend ingezet, en wel ten aanzien van normen die van een zeker gewicht zijn voor en volgens de maatschappij. In het handhavend inzetten van het privaatrecht ligt dan ook het grote voordeel van de ontwikkeling van een leerstuk dat een robuuste sanctie stelt op verder schadeloze inbreuken – en dus het schadebegrip oprekt,¹²⁴ want dat is wat er dan gebeurt – zoals het concept van de integriteitsschade dat doet. En daar ligt tevens de aansluiting bij de hedendaagse ontwikkelingen op een meer abstract niveau als het om de inzetbaarheid van het privaatrecht gaat, zoals die hiervoor geschetst zijn. Het concept van integriteitsschade is daarmee dus te kwalificeren als een modern, systematisch passend handhavingmechanisme dat bredere acceptatie en verdere doordenking verdient.

Die verdere doordenking is ook hard nodig, want er staan nog een heleboel vragen open: wat geldt hier als juridisch dan wel relevante 'schade'? Is dat elke inbreuk op een fundamenteel recht? Of geldt dat toch alleen bij een ernstige normschending, en zo ja, wat is dat dan? Welke andere afbakening is eventueel denkbaar? En hoe verhoudt de leer van de integriteitsschade zich eigenlijk tot andere, meer bewijsrechtelijke mogelijkheden om causaliteitsproblemen te omzeilen?¹²⁵

¹²² Volgens Wijne 2013a, p. 122 en p. 86, past dat bij de rechtspraak inzake art. 8 EVRM.

¹²³ Daarover Wijne 2013a, p. 121-122, en Rijnhout 2010, p. 230, verwijzend naar o.a. Verheij 2002.

¹²⁴ Expliciet ook zo Rijnhout 2010, p. 230.

¹²⁵ Over die andere mogelijkheden reeds Giesen & Maes 2014.

Literatuurlijst bij I. Giesen, Herstel als er geen (juridische) schade is: 'integriteitsschade'

Adriaanse e.a. 2008

P.C. Adriaanse e.a., 'Het EVRM-kader voor invoering van punitive damages in mededingingszaken', *NTBR* 2008, p. 274 e.v.

Akkermans e.a. 2008

A.J. Akkermans e.a., 'Excuses in het privaatrecht', *WPNR* 2008-6772, p. 778 e.v.

Akkermans 2011

A.J. Akkermans, 'Beter recht door herziening van ons beeld van de herkomst van rechtsnormen', *NTBR* 2011, p. 510 e.v.

Barkhuysen & Van Emmerik 2006

T. Barkhuysen & M. van Emmerik, 'Rechtsherstel bij schending van het EVRM in Nederland en Straatsburg', *NJCM-Bull.* 2006, p. 39 e.v.

Van Boom 2006

W.H. van Boom, *Effacious Enforcement in Contract and Tort*, Den Haag: BJu 2006.

Van Boom 2007

W.H. van Boom, 'Effectuerend handhaven in het privaatrecht', *NJB* 2007, p. 982 e.v.

Van Boom 2008

W.H. van Boom, 'Iets over handhaving in het privaatrecht', *WPNR* 2008-6772, p. 765 e.v.

Boot 2008

J. Boot, 'Privaatrecht & Boete', *AA* 2008, p. 200 e.v.

Boukema 2008

H.J. Boukema, 'Rodel, Schuld & Boete', *NJB* 2008, p. 1464 e.v.

Croiset van Uchelen 2008

A.R.J. Croiset van Uchelen, 'Handhaven of bijschaven? De effectiviteit van de WCAM', *WPNR* 2008-6772, p. 798 e.v.

Dijkshoorn 2010

W. Dijkshoorn, 'Overschrijding van de 'redelijke termijn': moet de burgerlijke rechter het EHRM of de bestuursrechter volgen?', *NJB* 2010, p. 1348.

Drion 2009

C.E. Drion, 'Mag het een onsje meer of minder zijn?', *NJB* 2009, p. 1319.

Emaus 2013

J.M. Emaus, *Handhaving van EVRM-rechten via het aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: BJu 2013.

Emmerik 1997

M.L. van Emmerik, *Schadevergoeding bij schending van mensenrechten. De rechtspraktijk onder het EVRM vergeleken met die in Nederland*, Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 1997.

Engelhard & Van Maanen 2008

E.F.D. Engelhard & G.E. van Maanen, *Aansprakelijkheid voor schade: contractueel en buitencontractueel*, Deventer: Kluwer 2008.

Engelhard 2009

E.F.D. Engelhard, 'Handhaven van en door het privaatrecht', in: E.F.D. Engelhard e.a., *Handhaving van en door het privaatrecht*, Den Haag: BJu 2009, p. 11 e.v.

Van Essen 2011

M.C.G. van Essen, 'De sanctionering van de schending van het zelfbeschikingsrecht in het kader van de WGBO', in: S.D. Lindenbergh & I. Tillema, *Fundamentele rechten en vermogensrecht*, Den Haag: BJu 2011, p. 113 e.v.

Fernhout 2010

F. Fernhout, 'Onrechtmatige rechtspraak herzien', *NJB* 2010, p. 2696 e.v.

Freriks 2008

A.A. Freriks, 'Private handhaving – bestuursrechtelijke betekenis van (semi) private figuren in de handhaving van publieke normstelling', in: *Privaat bestuur?*, Den Haag: BJu 2008, p. 163 e.v. (Preadviezen VAR 140).

Geistfeld 2008

M. Geistfeld, 'Punitive Damages, Retribution, and Due Process', *Southern California Law Review*, (81), 2008-2, p. 263 e.v.

Van Gerven & Lierman 2010

W. van Gerven & S. Lierman, *Algemeen Deel. Veertig jaar later. Privaat- en publiekrecht in een meergelaagd kader van regelgeving, rechtsvorming en regeltoepassing*, Mechelen: Kluwer 2010.

Giesen 1999

I. Giesen, *Bewijslastverdeling bij beroepsaansprakelijkheid*, Deventer: Gouda Quint, 1999.

Giesen 2009

I. Giesen, 'Handhaving in, via, door en met het privaatrecht: waar staan we nu?', in: E.F.D. Engelhard e.a., (red.), *Handhaving van en door het privaatrecht*, Den Haag: BJu 2009.

Giesen & Maes 2014

I. Giesen & K. Maes, 'Omgaan met bewijsnood bij de vaststelling van causaal verband in geval van verzuimde informatieplichten', *NTBR* 2014, p. 219 e.v.

Haas 2010

D. Haas, 'Een verklaring voor recht als genoegdoening', *MvV* 2010-6, p. 158 e.v.

Haazen 2006

O.A. Haazen, 'Amerikaanse toestanden. Qui tam', *NJB* 2006, p. 1156 e.v.

Van Harinxma thoe Slooten 2006

L.R. van Harinxma thoe Slooten, *Toegang tot het recht in perszaken*, Den Haag: BJu: 2006.

Hartlief 2007

T. Hartlief, 'Gij zult handhaven!', *NJB* 2007, p. 915.

Hartlief 2008

T. Hartlief, 'Handhaving in het aansprakelijkheidsrecht. Op weg naar een betere samenleving?', *WPNR* 2008-6772, p. 769 e.v.

Hartlief 2008a

T. Hartlief, 'Handhaving met smartengeld', *AV&S* 2008, p. 237 e.v.

Hartlief 2009

T. Hartlief, 'Wat staat het burgerlijk recht te doen?', *NJB* 2009, p. 1553 e.v.

Hendrix & Akkermans 2007

L.G.J. Hendrix & A.J. Akkermans, 'Causaliteitonzekerheid bij informed consent', *TvGR* 2007, p. 498 e.v.

Hondius 2009

E.H. Hondius, 'Public and private enforcement in Consumer Protection – A Dutch Perspective, in: F. Cafaggi & H.-W. Micklitz (eds.), *New Frontiers of Consumer Protection*, Antwerpen: Intersentia 2009, p. 235 e.v.

Jansen 2000

A.L.M. Jansen, *De redelijke termijn: met name in het bestuursrecht*, Den Haag: BJu, 2000.

Enneking & De Jong 2014

L.F.H. Enneking & E.R. de Jong, 'Regulering van onzekere risico's via public interest litigation', *NJB* 2014, p. 1543 e.v.

Jurgens, Duijkersloot & Widdershoven 2009

G.T.J.M. Jurgens, A.P.W. Duijkersloot & R.J.G.M. Widdershoven, 'Raakvlakken tussen bestuursrecht en privaatrecht op het terrein van de handhaving', in: E.F.D. Engelhard e.a. (red.), *Handhaving van en door het privaatrecht*, Den Haag: BJu 2009, p. 121 e.v.

Keirse 2009

A.L.M. Keirse, De schadevoorkomingsplicht, in: E.F.D. Engelhard e.a. (red.), *Handhaving van en door het privaatrecht*, Den Haag: BJu 2009, p. 95 e.v.

Keirse 2011

A.L.M. Keirse, 'Een verklaring voor recht als mijlpaal', *WPNR* 2011- 6903, p. 869 e.v.

Van Kessel 2014

L.C.W.M. van Kessel, 'HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:736 (*Eiser c.s./Gemeente De Bilt*): redres van schendingen van het recht op berechting binnen een redelijke termijn in civiele procedures', *NTBR* 2014-7, nr. 32, p. 266 e.v.

Kortmann & Sieburgh 2009

J.S. Kortmann & C. Sieburgh, 'Handhaving door Nederlands privaatrecht', in: A. Scheltema e.a., *Toezicht op de financiële markt en de energiemarkt. Staatsgeheimen en het strafproces. Rechtshandhaving door het privaatrecht. Preadviezen voor de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland*, Den Haag: BJu 2009, p. 249 e.v.

Kortmann 2009

J.S. Kortmann, *The Tort Law Industry*, Amsterdam: Vossiuspers 2009.

Van 't Laar 2007

F. van 't Laar, 'Toegang tot het recht in perszaken: wat is de rol van de overheid?', in: W.H. van Boom, S.D. Lindenbergh & S.B. Pape (red.), *Privaatrecht ondersteund*, Den Haag: BJu 2007, p. 87 e.v.

Lindenbergh 2005

S.D. Lindenbergh, 'Schending en schade. Over aantasting van fundamentele rechten en eenheid in het schadevergoedingsrecht', in: E.M. Hoogervorst e.a. (red.), *Rechtseenheid en vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 305 e.v.

Lindenbergh 2008

S.D. Lindenbergh, *Smartengeld tien jaar later*, Kluwer: Deventer 2008

Lindenbergh 2008a

S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding: algemeen, deel 1*, 3^e druk, Deventer: Kluwer 2008.

Lindenbergh 2011

S.D. Lindenbergh, 'Legally relevant damage. Art. VI.-2:201 – VI.2:211 DCFR', *NTBR* 2011, p. 348 e.v.

Lindenbergh 2014

S.D. Lindenbergh, 'Herstel bij letsel', in: G.R. de Groot e.a. (red.), *Kritiek op Recht. Liber Amicorum Gerrit van Maanen*, Deventer: Kluwer 2014, p. 239 e.v.

Lindenbergh 2014a

S.D. Lindenbergh, 'Effectieve remedie bij overschrijding redelijke termijn in civilibus', *AA* 2014, p. 636 e.v.

Loos & Van Boom

M.B.M. Loos & W.H. van Boom, *Handhaving van het consumentenrecht*, Deventer: Kluwer 2009 (Preadvies VBR).

Van Maanen 2010

G.E. van Maanen, 'Maakt Chipshol een einde aan Jeffrey?', *NTBR* 2010, p. 189 e.v.

Van Maanen & Lindenbergh 2011

G.E. van Maanen & S.D. Lindenbergh, *EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?*, Deventer: Kluwer 2011 (Preadviezen VBR).

Meurkens & Nordin 2012

L. Meurkens & E. Nordin (eds.), *The power of punitive damages*, Antwerpen: Intersentia 2012.

Meurkens 2014

R.C. Meurkens, *Punitive Damages. The Civil Remedy in American Law, Lessons, and Caveats for Continental Europe*, Deventer: Kluwer 2014.

Nguyen 2009

T.H. Nguyen, 'Voorwaarden voor smartengeld bij schending fundamentele rechten zonder letsel', *NJB* 2009, p. 1812 e.v.

Van Ommen 2010

H. van Ommen, noot bij Hof Arnhem 25 april 2006 en 4 december 2007, *L&S* 2010, nr. 184, p. 33 e.v.

Oosterhuis 2007

G. Oosterhuis, 'Manfredi: respect voor deze rechter!', *NtER* 2007, p. 33 e.v.

Du Perron 2003

C.E. du Perron, 'Genoegdoening in het civiele aansprakelijkheidsrecht', in: *Het opstandige slachtoffer, Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging, 2003-1*, Deventer: Kluwer 2003, p. 105 e.v.

Pierre 2011

Ph. Pierre, 'La réparation du manquement à l'information médicale: d'une indemnisation corporalisée à la mise en oeuvre d'un droit créance', *Médecine & Droit* 2011, p. 107 e.v.

Rijnhout 2010

R. Rijnhout, 'Kroniek Schadevergoedingsrecht', *AV&S* 2010, 6, p. 227 e.v.

Rijnhout 2012

R. Rijnhout, *Schadevergoeding voor derden in personenschadezaken*, Den Haag: BJu 2012.

Van Schaik 2013

A.C. van Schaik, 'Aansprakelijkheid voor (scheids)rechterlijke fouten', in: G. van Dijck e.a. (red.), *Cirkels. Een terugblik op een vooruitziende blik*, Deventer: Kluwer 2013, p. 107 e.v.

Sieburgh 2011

C.H. Sieburgh, 'Legitimiteit van de confrontatie van Europees recht en burgerlijk recht van nationale origine', in: *Controverse rondom legaliteit en legitimiteit. Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging, 2003-1*, Deventer: Kluwer 2011, p. 187 e.v.

Smits 2008

P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure*, Deventer: Kluwer 2008.

Sterkenburg 2011

M.S. Sterkenburg, 'Smartengeld wegens schending van de redelijke termijn', in: S.D. Lindenbergh & I. Tillema, *Fundamentele rechten en vermogensrecht*, Den Haag: BJu 2011, p. 137 e.v.

De Tavernier 2010

P.C.J. de Tavernier, 'Over het bewijs van causaal verband met betrekking tot de geïnformeerde toestemming bij medische behandelingen', *MvV* 2010, p. 139 e.v.

Tuil & Visscher 2010

M. Tuil & L. Visscher (eds.), *New trends in financing civil litigation in Europe*, Cheltenham: Edward Elgar 2010.

Verburg 2009

G.J.M. Verburg, *Vaststelling van smartengeld*, Deventer: Kluwer 2009.

Verheij 1998

A.J. Verheij, 'Een pleidooi voor de vergoeding van geringe immateriële schade', *RMThemis* 1998, p. 339 e.v.

Verheij 2002

A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002.

Verjans 2013

E. Verjans, 'Buitencontractuele aansprakelijkheid voor schending van persoonlijkheidsrechten', *RW* 2013-14p. 522 e.v.

Visscher & Weterings 2007

L.T. Visscher & W.C.T. Weterings, 'Rechtshandhaving', in: W.C.T. Weterings (red.), *De economische analyse van het recht*, Den Haag: BJu, 2007, p. 223 e.v.

Wagner 2006

G. Wagner, 'Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe', *AcP* 2006, p. 352 e.v.

Weyts 2006

B. Weyts, 'Lucratieve fouten in het aansprakelijkheidsrecht', *RW* 2006-42, p. 1641 e.v.

Wijne 2013a

R.P.Wijne, *Medische aansprakelijkheid*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2013.

Wijne 2013b

R.P. Wijne, *Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade*, Den Haag: BJu 2013.

White 2006

B.T. White, 'Say You're Sorry: Court-Ordered Apologies as a Civil Rights Remedy', *Cornell Law Review*, (91) 2006 p. 1261 e.v.